



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

**EGMR, Affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse, Requête no 29086/12:
Religionsfreiheit und obligatorischer Schwimmunterricht**

Langer, Lorenz

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-136339>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Langer, Lorenz (2017). EGMR, Affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse, Requête no 29086/12: Religionsfreiheit und obligatorischer Schwimmunterricht. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), (3):410-421.

8. Völkerrecht und Europarecht/Droit international public et droit européen

8.12.2. EMRK/CEDH

EGMR, *Affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse*, Requête n° 29086/12: Religionsfreiheit und obligatorischer Schwimmunterricht



LORENZ LANGER*

I. Einleitung

Am 10. Januar 2017 entschied eine Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einstimmig, dass im Verfahren *Osmanoglu und Kocabaş* gegen die Schweiz Art. 9 EMRK (Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) nicht verletzt worden sei.¹ Die strenggläubigen muslimischen Beschwerdeführer waren gebüsst worden, weil zwei ihrer Töchter nicht am obligatorischen Schwimmunterricht in der Primarschule teilgenommen hatten.

Das Urteil stiess nicht nur in der Schweiz, sondern auch international auf einige Resonanz.² Obwohl das Ergebnis kaum überrascht haben dürfte, wirft der Entscheid – und die ihm zugrundeliegende bundesgerichtliche Rechtsprechung – eine Reihe wichtiger Fragen auf. Bereits in seinem Entscheid zum französischen Kopftuchverbot von 2014 diskutierte der Gerichtshof die «fundamentalen Voraussetzungen» für ein harmonisches gesellschaftliches Zusammenleben.³ Darum geht es letzten Endes auch im vorliegen-

* LORENZ LANGER, Dr. iur., lic. phil. I, M.Phil., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich und Senior Research Fellow am Zentrum für Demokratie, Aarau.

¹ EGMR, *Osmanoglu & Kocabaş c. Suisse*, Requête n° 29086/12, 10.1.2017.

² WOLFGANG JANISCH, Muslimische Mädchen müssen zum Schwimmunterricht, *Süddeutsche Zeitung* vom 11.1.2017, 1; PARVIN SADIGH, Urteil zum Schwimmunterricht: Das Recht, sich freizuschwimmen, *Zeit Online* vom 10.1.2017; Schwimmunterricht ist auch für Musliminnen verpflichtend, *Der Standard* vom 11.1.2017, 6; LIZZIE DEARDEN, Muslim Girls Must Swim With Boys in Switzerland, *European Court Rules*, *The Independent* vom 11.1.2017, 34; DAN BILEFSKY, Court Rules Swiss Muslims Must Attend Coed Swim Classes, *New York Times* vom 11.1.2017, A8; Swiss Muslim Girls Must Take Swimming Classes with Boys: *Europe Court*, *Pakistan Today* vom 11.1.2017.

³ EGMR (Grosse Kammer), *S.A.S. c. France*, Requête n° 43835/11, 1.1.2014, Para. 141.

den Fall: Bis zu welchem Grad darf eine Gesellschaft von Neuankömmlingen Assimilation erwarten – und wie wird überhaupt unterschieden zwischen jenen, die Teil der Gesellschaft sind und deren Regeln vorgeben, und jenen, die sich anzupassen haben? Welche Rolle kann die Schule (und insbesondere der Schwimmunterricht) in diesem Zusammenhang realistisch wahrnehmen?

II. Sachverhalt

Bei den Beschwerdeführern handelt es sich um in Basel wohnhafte schweizerisch-türkische Doppelbürger. Der Beschwerdeführer wurde 1976 in der Türkei geboren und kam mit zehn Jahren in die Schweiz. Nach einer kaufmännischen Ausbildung kehrte er für religiöse Studien in die Türkei zurück, wo er die Beschwerdeführerin heiratete. Diese kam 1999 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz, wo sie eine Ausbildung zur Spielgruppenleiterin begann. Der Rechtsstreit betrifft zwei der Töchter der Beschwerdeführer, die 2008 sieben und neun Jahre alt waren und eine öffentliche Primarschule besuchten, dabei aber dem Schwimmunterricht fernblieben. Die Eltern, denen wegen der Verletzung ihrer Pflichten eine Busse angedroht worden war,⁴ machten geltend, dass ihre religiöse Überzeugung ihnen verbiete, ihre Töchter am gemischt erteilten Schwimmunterricht teilnehmen zu lassen: Zwar schreibe der Koran die Verhüllung des weiblichen Körpers in der Öffentlichkeit erst mit der Pubertät vor; ihr striktes Bekenntnis fordere aber, dass die Töchter bereits früher auf diese Pflicht vorbereitet würden.

Der damals gültige Lehrplan sah Schwimmunterricht als Teil des Sportunterrichts von der ersten bis zur vierten (und letzten) Primarklasse vor;⁵ der Sportunterricht war obligatorisches Unterrichtsfach und wurde, wie alle anderen Fächer, in der Regel Knaben und Mädchen gemeinsam erteilt.⁶ Über einen Dispens von einzelnen Schulfächern entschied die Schulleitung, wobei Dispense für maximal ein Semester ausgestellt wurden;⁷ die Freistellung vom Schwimmunterricht aus religiösen Gründen wurde gesondert in einer «Handreichung» geregelt. Danach konnten Dispensatio-

nen vom geschlechtergemischt erteilten Schwimmunterricht erst ab der Pubertät und vom geschlechtergetrennten Unterricht überhaupt nicht gewährt werden.⁸ Dem hohen Stellenwert des Schutzes der Intimsphäre im Islam trug die Handreichung durch die Möglichkeit besonderer Rahmenbedingungen für den Schwimmunterricht Rechnung; so sollten sich muslimische Kinder getrennt umziehen, separat duschen und mit Ganzkörperanzug schwimmen können sowie nach Möglichkeit von gleichgeschlechtlichen Lehrpersonen unterrichtet werden.⁹

Eine solche Regelung war auch den Beschwerdeführern erfolglos angeboten worden. Nach mehreren Gesprächen, Anhörungen und Mahnungen sprach das Erziehungsdepartement schliesslich eine Busse von CHF 350 pro Kind und Elternteil, also insgesamt CHF 1'400. Die Beschwerdeführer rekurrierten erfolglos an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; anschliessend machten sie mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht eine Verletzung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit geltend (Art. 15 BV).¹⁰ Am 7. März 2012 wies das Bundesgericht die Beschwerde sowie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab; die Gerichtskosten von CHF 2'000 wurden den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen auferlegt.

III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

In seinem Entscheid bestätigte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz. Zwar sei der Schutz-, nicht aber der Kernbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit betroffen (E. 2.4). Diese Einschränkung finde im kantonalen Schulgesetz, der kantonalen Schulordnung und der Handreichung eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Das Bundesgericht bestätigte somit seine bisherige Rechtsprechung, wonach nur die Schulpflicht selbst und die Grundzüge ihrer Ausgestaltung einer formellrechtlichen Grundlage bedürfen, der öffentliche Lehrplan hingegen eine ausreichende Grundlage für die Bestimmung und Ausgestaltung der einzelnen obligatorischen Schulfächer bilde. Die Handrei-

⁴ Gemäss § 91 Abs. 8 Schulgesetz/BS vom 4. April 1929 (SG 410.100; Fassung vom 8.10.2008) sind die Erziehungsberechtigten verpflichtet, für die Teilnahme ihrer Kinder am Schulunterricht zu sorgen. § 91 Abs. 9 SchulG sieht für wiederholte Verstösse Bussen bis CHF 1'000 vor.

⁵ Kanton Basel-Stadt, Lehrplan Primarschule, 1991, Ziff. 9.2.4.

⁶ §§ 17, 22 und 139 SchulG/BS vom 4. April 1929 (SG 410.100; Fassung vom 8.10.2008).

⁷ §§ 66 und 74 SchulG/BS i.V.m. §§ 34 f. Schulordnung/BS vom 1. Oktober 1975 (ausser Kraft seit 18.8.2014).

⁸ Erziehungsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Umgang mit religiösen Fragen an der Schule: Handreichung, 3.9.2007, 8. Die Handreichung wurde 2013 revidiert, doch blieben die Vorschriften zum Schwimmunterricht unverändert.

⁹ Erziehungsdepartement BS (FN 8), 9.

¹⁰ BGer, 2C_666/2011, 7.3.2012, B; zusätzlich verlangten sie für ihre Verteidigerin ein Honorar für das Verfahren vor dem Appellationsgericht. Das Bundesgericht trat auf dieses Begehren wegen mangelnder Legitimation der Beschwerdeführer nicht ein.

chung diene dabei als blosser Anleitung für die Ermessensausübung bei Dispensationen (E. 2.5.3).

Das Bundesgericht stützte das Urteil der Vorinstanz auch in Bezug auf das öffentliche Interesse an einer Grundrechtseinschränkung und auf deren Verhältnismässigkeit. Es bestehe ein «stark zu gewichtende[s] Interesse an der Integration aller Schüler, unabhängig von ihrer Herkunft, Kultur und Religion»; der Eingriff sei verhältnismässig, da Schwimmen nur bis zur Pubertät gemeinsam unterrichtet werde und religiösen Bedürfnissen durch flankierende Massnahmen genügend Rechnung getragen würde (E. 2.6.2). Im Übrigen stellte das Bundesgericht fest, dass sich das Vorbringen der Beschwerdeführer primär gegen die 2008 mit BGE 135 I 79 vollzogene Praxisänderung bezüglich Dispensation vom Schwimmunterricht richte, wonach ein Dispens nur bei besonderen Verhältnissen in Frage käme.¹¹ Um diese Praxis erneut zu ändern, bedürfte es gewichtiger Gründe, die *in casu* nicht ersichtlich wären.¹²

Die Begründung des Bundesgerichts fiel sehr kurz aus; sie resümiert primär den erwähnten Entscheid von 2008, auf den sieben Mal verwiesen wird. Damals revidierte das Gericht seine frühere, grosszügigere Praxis. In den 1990er-Jahren vertrat das Bundesgericht die Ansicht, dass sich zwar unüberbrückbare Probleme stellen könnten, wenn eine gemessen an der Grösse der Schule verhältnismässig hohe Anzahl von Schülern tatsächlich Sonderregelungen beantragte; die *abstrakte* Sorge vor zahlreichen Dispensgesuchen aufgrund der Zunahme fremder Kulturen allein rechtfertige aber keine restriktive Praxis. Entscheidend sei, ob *konkrete* Anhaltspunkte bestünden, dass der geordnete und effiziente Schulbetrieb und als Folge auch der Ausbildungsauftrag der Schule in Frage gestellt werde.¹³ Auch sei das Kindeswohl nur dann über das Elternrecht zu stellen, wenn die Befolgung von Glaubensvorschriften die Chancengleichheit des Kindes beeinträchtigte, oder wenn es Lehrinhalte verpasste, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten.¹⁴ Den Schwimmunterricht zählte das Bundesgericht nicht zu diesen Inhalten; selbst wenn ein Kind nicht schwimmen lernte, würden etwa seine späteren

Berufschancen nicht in Frage gestellt.¹⁵ Im Zusammenhang mit dem Integrationsprinzip hielt das Gericht schliesslich auch noch fest, dass sich Angehörige anderer Länder und Kulturen zwar an die hiesige Rechtsordnung halten müssten; darüber hinaus bestehe aber keine Rechtspflicht, Gebräuche und Lebensweisen anzupassen.¹⁶

Im Jahr 2008 hingegen befand das Bundesgericht, dass der Schwimmunterricht nicht nur die Sicherheit von Kindern erhöhe, sondern auch zur beruflichen und geschlechtlichen Chancengleichheit und zur Förderung der Integration von Angehörigen anderer Länder, Kulturen und Religionen beitrage und so einem gewichtigen öffentlichen Interesse diene. Dispense könnten die wichtige sozialisierende Funktion des Schwimmunterrichts unterlaufen und Kinder islamischen Glaubens bereits auf der Schulstufe in eine Aussenseiterrolle gedrängt werden.¹⁷ Integrationsanliegen hätten inzwischen «in der Öffentlichkeit noch vermehrtes Gewicht erhalten»; das Bundesgericht verwies auf die starke Zunahme vor allem der ausländischen muslimischen Wohnbevölkerung; Dispense für Muslime stellten sich deshalb «schwergewichtig als Problem der Ausländerintegration» dar.¹⁸ Die «Angewöhnung und Einbindung» von Kindern aus anderen Kulturen verlange verstärkte Anstrengungen, denn es sei Aufgabe des Verfassungsstaats, «ein Mindestmass an innerem Zusammenhalt von Staat und Gesamtgesellschaft herzustellen», damit ein «harmonisches, von Achtung und Toleranz geprägtes Zusammenleben» möglich sei. Dabei habe der Staat demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze auch gegenüber kulturell begründeten abweichenden Ansprüchen zu schützen. Entsprechend dürfe und müsse von Ausländern die Bereitschaft erwartet werden, mit der einheimischen Bevölkerung zusammenzuleben und «die hiesigen sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten» zu akzeptieren. Das setze auch eine Änderung der Lebensgewohnheiten etwa in Bezug auf «kulturell-religiös verankerte, inhaltlich aber das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen» voraus, die mit den hier geltenden Regeln und insbesondere mit der obligatorischen Schulpflicht kollidierten. Auch hätten die betroffenen Kinder sich an das «in der hiesigen Gesellschaft übliche natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht» zu gewöhnen.¹⁹

¹¹ In jenem Entscheid ging es um den Dispens von zwei muslimischen Knaben vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht in der Primarschule. Dazu kritisch JOHANNES REICH, Switzerland: Freedom of Creed and Conscience, Immigration, and Public Schools in the Postsecular State – Compulsory Coeducational Swimming Instruction Revisited, *Int'l Journal of Constitutional Law* 7, 2008, 754 ff.; ANNE KÖHLER/FELIX HAFNER, Schuldspensationen zwischen Religionsfreiheit und «bürgerlichen Pflichten», *AJP* 2011, 913 ff.

¹² BGE, 2C_666/2011, 7.3.2012, B, E. 2.6.2.

¹³ BGE 119 Ia 178 E. 7e. Gegenstand war hier die Befreiung eines muslimischen Mädchens vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht auf Primarstufe.

¹⁴ BGE 119 Ia 178 E. 8a.

¹⁵ BGE 119 Ia 178 E. 8b.

¹⁶ BGE 119 Ia 178 E. 8d.

¹⁷ BGE 135 I 79 E. 7.1.

¹⁸ BGE 135 I 179 E. 7.2.

¹⁹ BGE 135 I 179 E. 7.2.

IV. Das Urteil der EGMR-Kammer

Vom EGMR war zwar der konkrete Fall der Beschwerdeführer im hängigen Verfahren zu beurteilen – jedoch vor diesem Hintergrund der bereits früher erfolgten Praxisänderung des Bundesgerichts hin zu einer restriktiven Gewährung von Dispensen vom Schulunterricht.

Die *Beschwerdeführer* machten mit ihrer Beschwerde eine Verletzung von Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) geltend: Die Verpflichtung, ihre Töchter in den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht zu schicken, sei nicht mit ihren religiösen Überzeugungen vereinbar; diese Verletzung ihrer Religionsfreiheit sei ungerechtfertigt, da die Busse des Erziehungsdepartements einer gesetzlichen Grundlage entbehre, kein legitimes Ziel verfolge und unverhältnismässig sei (Para. 33).

Die *Schweiz* gestand zu, dass der Schutzbereich von Art. 9 EMRK tangiert sei, aber nur in Bezug auf das Recht der Beschwerdeführer, die eigenen religiöse Überzeugungen kundzutun; ihr Glaube sowie ihre Wahl einer strengen Auslegung des Islams seien nicht betroffen (Para. 39). Der Gerichtshof erinnerte daran, dass eine «Manifestation» i.S.v. Art. 9 EMRK nicht nur kultische Akte schütze, sondern alle Handlungen, die im konkreten Einzelfall eine hinreichend enge und unmittelbare Verbindung zur religiösen Überzeugung aufwiesen. Dazu gehöre auch das Recht der Beschwerdeführer, über die religiöse Erziehung der Kinder zu bestimmen; ihr Recht auf Religionsausübung sei deshalb betroffen und durch den obligatorischen Besuch des gemischten Schwimmunterrichts verletzt (Para. 42).

Eine Einschränkung der durch Art. 9 Abs. 1 EMRK garantierten Rechte muss gemäss Abs. 2 gesetzlich vorgesehen sein; die gesetzliche Grundlage muss darüber hinaus allgemein zugänglich und hinreichend bestimmt sein. Der Gerichtshof folgte der Argumentation der Schweiz, wonach das kantonale Schulgesetz, die kantonale Schulordnung und der vom Grossen Rat verabschiedete Lehrplan eine hinreichende gesetzliche Grundlage bildeten, und der Eingriff für die Beschwerdeführer vorhersehbar war (Para. 53–55).

Weiter muss mit einem Eingriff in die Religionsfreiheit auch eines der in Art. 9 Abs. 2 EMRK abschliessend genannten Ziele verfolgt werden: zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Moral oder der Rechte und Freiheiten anderer. Die Schweiz machte als Ziel der Einschränkung den Schutz der öffentlichen Ordnung ebenso wie der Sicherheit und der Rechte Dritter geltend: Das bundesgerichtliche Urteil diene dem öffentlichen Interesse an Integration und Sozialisation der Schüler unabhängig von deren Herkunft, Kultur oder Religion; es schütze die religionsunabhängige Chancengleichheit der

Geschlechter bezüglich Erziehung und Bildung; schliesslich würden so auch der allgemeine Zusammenhalt (*une cohésion générale*) und die erfolgreiche Integration religiöser Minderheiten in die Schweizer Gesellschaft garantiert und gefördert (Para. 63).

Die *Beschwerdeführer* verneinten ein öffentliches Interesse. Ihre Kinder lernten privat schwimmen und seien so keiner erhöhten Gefährdung ausgesetzt; ihre Sozialisierung fände zudem primär ausserhalb des Schwimmunterrichts statt. Der Dispens tangiere die Chancengleichheit weder in Bezug auf Schulabschluss noch auf spätere Berufsaussichten – dass zahlreiche Schulen in Basel aus organisatorischen Gründen gar keinen Schwimmunterricht anböten, unterstreiche dessen geringe diesbezügliche Relevanz. Die Beschwerdeführer akzeptierten, dass die Bedeutung der Integration mit dem Anstieg der fremden Bevölkerung signifikant zugenommen habe – von Fremden werde zu recht erwartet, dass sie mit der lokalen Bevölkerung zusammenlebten und die Rechtsordnung, die verfassungsrechtlichen und demokratischen Grundsätze der Schweiz ebenso wie die sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten akzeptierten. Das Bundesgericht habe jedoch der Integration auf Kosten des Glaubens zu viel Gewicht eingeräumt; Fremde wären eher bereit, sich im Empfangsstaat zu integrieren und dessen Regeln zu respektieren, wenn er sich gegenüber ihren religiösen Überzeugungen tolerant zeige. Die Zahl der Dispensgesuche sei gering (und beschränke sich auch nicht auf Muslime); der ordentliche Schulbetrieb sei dadurch nicht gefährdet. Wenn hingegen die Kinder eine Privatschule besuchen müssten, weil die öffentliche Schule ihre religiöse Identität nicht respektiere, fördere dies die Integration nicht, sondern führe gerade zur verpönten Schaffung von Parallelgesellschaften. Zumal sei die Familie der Beschwerdeführer gut integriert; nur ihre Religion unterscheide sie von der Bevölkerungsmehrheit. Somit sei weder Ausbildung noch Sozialisation oder Integration der Kinder gefährdet und es liege kein legitimes Eingriffsinteresse vor (Para. 56–61).

Diese Auffassung teilte der *Gerichtshof* nicht. Die angefochtene Massnahme ziele auf die Integration fremder Kinder mit anderer Religion und Kultur, auf den ordentlichen Ablauf des Unterrichts, auf die Durchsetzung des Schulobligatoriums und die Wahrung der Geschlechtergleichheit; es bestehe somit ein Zusammenhang mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und der Rechte Dritter (Para. 64). Der Gerichtshof hatte deshalb zu prüfen, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft auch notwendig gewesen sei (Art. 9 Abs. 2 EMRK). Dies setzt voraus, dass der obligatorische Schwimmunterricht ein verhältnismässiges Mittel zur Verwirklichung der verfolg-

ten Ziele ist; dabei wird auch die Schwere der verhängten Sanktion berücksichtigt.²⁰

Laut *Beschwerdeführer* war das obligatorische gemeinsame Schwimmen weder notwendig noch verhältnismässig, auch nicht mit einem Burkini, durch den die Trägerinnen zusätzlich stigmatisiert würden. Stattdessen hätte es mildere Mittel als den obligatorischen Schwimmunterricht gegeben, um Integrations- und Bildungsziele zu erreichen – etwa die (beantragte, aber nicht bewilligte) Versetzung an eine öffentliche Schule ohne gemischten Schwimmunterricht (Para. 66–67).

Die *Regierung* hingegen bejahte die Notwendigkeit des Eingriffs und erinnerte daran, dass die bundesgerichtliche Praxisänderung von 2008 durch die wachsende Bedeutung bedingt sei, welche die öffentliche Meinung der Integration beimesse. Mit der erheblichen Zunahme von Muslimen habe sich die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung verändert; diese Veränderung und die multikulturelle Realität in den Schulen verlange zusätzliche Anstrengungen, um sicherzustellen, dass die Kinder verschiedener Kulturen sich an die schweizerische Lebensweise (*mode de vie suisse*) anpassten und ihren Platz in der Gesellschaft fänden; allein so könne ihre künftige Teilnahme am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben – und damit auch der soziale Frieden und die Chancengleichheit – sichergestellt werden (Para. 69–70). Auch könne man von Personen fremder Nationalität erwarten, dass sie akzeptierten, *mit* der Schweizer Bevölkerung zu leben, und dass sie sich an die geltende Rechtsordnung hielten. Religiöse Überzeugungen seien kein Grund, sie von bürgerlichen Pflichten zu befreien. Das bedeute kein Verzicht auf den Schutz der Religionsfreiheit, da hier nicht deren Kern betroffen sei, sondern nur ein Konflikt zwischen gewissen, «kulturell und/oder religiös» bedingten Verhaltensnormen und den in der Schweiz geltenden Vorschriften vorliege. Die Schule spiele bei der sozialen Integration eine zentrale Rolle, die keinen Raum lasse für (auch religiös begründete) Sonderwünsche. Dem Turnunterricht komme dabei noch eine besondere Bedeutung für die Sozialisierung zu, die aber nur bei *gemeinsamem* Unterricht gelingen könne. Dass faktisch lediglich eine begrenzte Zahl von Dispensen beantragt würde, sei unbeachtlich, denn das öffentliche Interesse an der Integration von Ausländern betreffe die Gesamtheit der Wohnbevölkerung (Para. 71–75). Die begleitenden Massnahmen sollten selbst strenggläubigen Muslimen die Teilnahme am Schwimmunterricht ermöglichen, wobei auch für sie der Anblick von teilweise entblösster Haut in der Schweiz nicht zu

vermeiden sei – umso mehr müssten die Kinder lernen, damit umzugehen (Para. 76–77). Schliesslich verweist die Schweiz auf einen vergleichbaren Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Deutschland und erinnert den Gerichtshof, dass in solchen Fragen den Entscheiden der nationalen Instanzen grosse Bedeutung beizumessen sei (Para. 79–80).

In seiner Beurteilung unterstreicht der *Gerichtshof*, dass Pluralismus, Toleranz und eine offene Geisteshaltung die Merkmale einer «demokratischen Gesellschaft» seien; eine solche Gesellschaft strebe deshalb grundsätzlich nicht danach, Minderheiten die Mehrheitsmeinung aufzuzwingen. Die Religionsfreiheit sei von zentraler Bedeutung für das Gemeinwesen und insbesondere für die Betroffenen. Deshalb habe sich der Staat grundsätzlich nicht in religiöse Angelegenheiten einzumischen. Doch werde nicht jedwelches religiös motivierte Verhalten geschützt. Gelegentlich habe sich das Individual- dem gesellschaftlichen Interesse unterzuordnen; es gebe nicht immer ein Recht darauf, sich in der Öffentlichkeit auf jene Art und Weise zu verhalten, welche von den eigenen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen vorgeschrieben werde (Para. 82–84).

Auch sei der Schutz der Konvention subsidiärer Natur; wie der Gerichtshof wiederholt betont habe, seien die nationalen Behörden grundsätzlich besser in der Lage, örtliche Bedürfnisse und Umstände zu beurteilen. Gerade bei allgemeinen politischen Fragen, über die in einem demokratischen Staat begründeterweise grundlegende Divergenzen bestehen können, hätten nationale Entscheide besonderes Gewicht. Das treffe insbesondere für Fragen zum Verhältnis zwischen Staat und Religionen zu. Wie schon in früheren Urteilen stellte der EGMR fest, dass es in Europa keine einheitliche Haltung zur gesellschaftlichen Rolle der Religion gebe, und dass religiöse Handlungen kontext- und zeitabhängig unterschiedlich beurteilt würden. Die einschlägigen Vorschriften hingen von den nationalen Gegebenheiten ab und seien deshalb von Land zu Land unterschiedlich. Deshalb bleibe die Festlegung von Umfang und Modalitäten solcher Vorschriften gezwungenermassen (*par la force des choses*) bis zu einem gewissen Grad den Mitgliedsstaaten überlassen. Dieser Ermessensspielraum unterstehe aber sowohl bezüglich der Normsetzung wie auch der Anwendung einer europäischen Aufsicht, welche prüfe, ob die getroffenen Massnahmen prinzipiell gerechtfertigt und verhältnismässig seien. Bei der Bemessung des staatlichen Ermessens berücksichtige der EGMR das Gewicht des Rechtsguts, das auf dem Spiel stehe – vorliegend also die Bedeutung des religiösen Pluralismus für den Bestand einer demokratischen Gesellschaft. Wenn die Praxis der Mitgliedsstaaten auf einen Konsens oder gemeinsame Werte schliessen lasse, so könnten diese ebenfalls relevant sein (Para. 88–89).

²⁰ Vgl. *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 95, 103, und allgemein CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 5. A., München 2012, § 18 N 14 ff.

Obwohl die Schweiz das Erste Zusatzprotokoll nicht ratifiziert hat, analysierte der EGMR anschliessend Art. 2 ZP 1 (Recht auf Bildung) – da «die Konvention als Ganzes gelesen werden müsse» und diese Bestimmung mit Bezug auf Erziehung und Unterricht *lex specialis* zu Art. 9 EMRK sei. Art. 2 ZP 1 schütze das Erziehungsrecht der Eltern, doch könne daraus kein Anspruch auf eine besondere Unterrichtsform abgeleitet werden; die Bestimmung räume den Mitgliedsstaaten ebenfalls erheblichen Ermessensspielraum ein (Para. 90–92). Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit eines verweigerten Dispenses zu den damit verfolgten Zielen komme der erweiterte staatliche Ermessensspielraum deshalb gleich doppelt zum Tragen: zuerst in Bezug auf das Verhältnis von Staat und Religion, dann aber auch im Bereich von erzieherischen Fragen. Auch wenn die Mitgliedsstaaten die Curricula nach objektiven, kritischen und pluralistischen Kriterien zu gestalten hätten, so seien sie dennoch frei, die Lehrpläne nach ihren «Bedürfnissen und Traditionen» auszurichten – was erst recht für die Schweiz gelte, die ZP 1 nicht ratifiziert habe, und deren föderale Struktur den Kantonen und Gemeinden im Schulwesen weitreichende Kompetenzen garantiere (Para. 92–95).

Der EGMR teilte auch die Auffassung der Schweiz, wonach die Schule bei der sozialen Integration eine besondere Rolle spiele, gerade bei Kindern ausländischer Herkunft. Der Gerichtshof hielt es für erweisen (*estime certes*), dass gerade der Sportunterricht eine herausragende Bedeutung habe für die Entwicklung und Gesundheit der Kinder, wobei diese besondere Bedeutung nur zum Tragen komme, wenn der Unterricht allen Kindern gemeinsam erteilt würde, ohne herkunfts- oder religionsbedingte Ausnahme – deshalb sei der (auch gewisse finanzielle Mittel voraussetzende) Privatunterricht keine valable Alternative. Unabhängig von der tatsächlich Zahl muslimischer Dispensgesuche sei auch das Interesse der Kinder an einer umfassenden Ausbildung und, daraus folgend, an einer erfolgreichen Integration «gemäss den lokalen Sitten und Bräuchen» höher zu gewichten als das Interesse der Eltern an einem Dispens vom Schwimmunterricht (Para. 97). Der EGMR hiess ausdrücklich die Praxis gut, die Befreiung vom obligatorischen Schulunterricht nur als ausserordentliche Ausnahme zuzulassen (*de manière très exceptionnelle*). Dass medizinische Dispense gewährt würden, zeige, dass die Regelung nicht exzessiv streng sei, und es gebe auch keine Hinweise, dass die Vorschriften uneinheitliche auf verschiedenen Bekenntnissen angewendet würde, zumal die Behörden Hand geboten hätten zu angemessenen Massnahmen wie das Tragen eines Burkinis oder separater Umziehmöglichkeiten. Verhältnismässig sei schliesslich auch die verhängte Busse gewesen, und den mehrmals gemahnten Beschwerdeführer sei der Rechtsweg zur materiellen Prüfung ihres Anliegens

offengestanden (Para. 96–103). Folglich hätten die Schweizer Behörden den ihnen hier gewährten *erheblichen* Ermessensspielraum nicht überschritten, und es liege keine Konventionsverletzung vor (Para. 105 f.).

V. Anmerkungen

A. Der Schutzbereich von Art. 9 EMRK

Die Vereinbarkeit von religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen mit der Ausgestaltung des öffentlichen Erziehungswesens war schon mehrfach Gegenstand von Urteilen der Strassburger Instanzen. Dabei ging es etwa um die – in der Regel bejahte – Pflicht, an gewissen Unterrichtsfächern oder Schulveranstaltungen teilzunehmen, oder am Samstag die Schule zu besuchen.²¹ Schulische Verbote, religiöse Symbole offen zu tragen, hat der Gerichtshof ebenfalls mehrmals geschützt.²² Auch zum Sportunterricht hat sich der Gerichtshof schon geäussert.²³ Zum Schwimmunterricht bezog er hier jedoch zum ersten Mal Stellung. Das Urteil überrascht in seinem Ergebnis nicht: Es fügt sich weitgehend in die Reihe von Präzedenzfällen ein, die sich mit der Einschränkung gelebter Glaubensregeln generell oder spezifisch im schulischen Kontext auseinandersetzen.²⁴ Dabei zieht der Gerichtshof den sachlichen Schutzbereich der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in der Regel zuerst recht weit. Das gilt sowohl in Bezug darauf, welche Überzeugungen kohärent und bedeutend genug sind, um eine Religion oder Weltanschauung zu kon-

²¹ Z.B. EGMR, *Kjeldsen, Busk Madsen & Pedersen v. Denmark*, Application nos. 5095/71, 5920/72, 5926/72, 7.12.1976 (Sexualkunde); EKommMR, *Angeleni v. Sweden (Decision)*, Application no. 10491/83, 3.12.1986 (Religionsunterricht); EKommMR, *Bernard c. Luxembourg (Décision)*, Requête n° 17187/90, 8.9.1993 (Sozial- und Moralkunde); EKommMR, *Efstathiou v. Greece*, Application no. 24095/94, 18.12.1996 (Teilnahme an Parade); EGMR, *Martins Casimiro & Cerveira Ferreira c. Luxembourg (Décision)*, Requête n° 44888/98, 27.4.1999 (schulfreier Samstag). – Eine Verletzung von Art. 9 EMRK wurde nur bejaht, wenn der Religionsunterricht indoktrinierender Natur war: EGMR (Grosse Kammer), *Folgerø & Others v. Norway*, Application no. 15472/02, 29.6.2007; EGMR, *Hasan & Eylem Zengin v. Turkey*, Application no. 1448/04, 9.10.2007.

²² EGMR, *Dahlab c. Suisse (Décision)*, Requête n° 42393/98, 15.2.2001 (Kopftuch einer Primarlehrerin); EGMR (Grosse Kammer), *Leyla Şahin v. Turkey*, Application no. 44774/98, 10.11.2005 (Kopftuch einer Studentin); EGMR, *Jasvir Singh c. France (Décision)*, Requête n° 25463/08, 30.6.2009 (Sikh-Turban).

²³ EGMR, *Dogru c. France*, Requête n° 27058/05, 4.12.2008 und EGMR, *Kervanci c. France*, Requête n° 31645/04, 4.12.2008 (Tragen des Kopftuchs kann beim Sportunterricht untersagt werden).

²⁴ Vgl. neben den bereits genannten Fällen auch insbes. *S.A.S. c. France* (FN 3). Zu EGMR (Grosse Kammer), *Lautsi v. Italy*, Application no. 30814/06, 18.3.2011, s. unten Text bei FN 52.

stituieren, wie auch für die Art und Weise, wie eine solche Überzeugung gelebt und nach aussen bekannt wird. So sind Kleider- und Speisevorschriften auch dann geschützt, wenn sie aus theologischer Warte nicht zwingend vorgeschrieben sind, aber in enger Verbindung zum praktizierten Glauben stehen.²⁵ Es ist auch nicht Aufgabe der Beschwerdeführer nachzuweisen, dass sie tatsächlich in Erfüllung eines religiösen Gebotes handeln.²⁶

Zugleich betonte der Gerichtshof stets, dass aus Art. 9 EMRK kein Recht folgt, unter Berufung auf die Religionsfreiheit die Erfüllung allgemeiner Rechtspflichten zu verweigern.²⁷ Auch schütze diese Bestimmung nicht jegliche religiös inspirierte Handlung und garantiere auch kein ausnahmsloses Recht, das eigene Verhalten in der Öffentlichkeit nach religiösen Gesichtspunkten auszurichten.²⁸ Die Koexistenz mehrerer Bekenntnisse in einer Bevölkerung könne gewisse Einschränkungen notwendig machen, um die Bedürfnisse der verschiedenen Gruppierungen abzustimmen.²⁹ Damit bestätigt der Gerichtshof die «Reservatsfunktion» der Religionsfreiheit: Sie gewährt eine Schutzzone, in der religiöse Gebote ungestört gelebt werden können – die Grenzen dieser Zone werden aber extrinsisch und nicht nach religiösen Kriterien gezogen und ggf. auch eingeschränkt.³⁰

An den Nachweis des für solche Einschränkungen notwendigen öffentlichen Interesses stellt der Gerichtshof in der Regel keine allzu hohen Anforderungen,³¹ bzw. die in Art. 9 Abs. 2 abschliessend aufgezählten Gründe werden breit ausgelegt.³² Ebenfalls relativ grosszügig ist die Praxis in Bezug auf die Notwendigkeit einer Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft – also bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit, welcher im vorliegenden Fall und in ähnlich gelagerten Fällen entscheidende Bedeutung zukommt. Hier verweist der EGMR in Zusammenhang mit Art. 9 EMRK regelmässig und formelhaft auf den Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten: Gerade was das Verhältnis von Staat und Religion betreffe, seien nationale Be-

hörden besser als der Gerichtshof in der Lage, die lokalen Bedürfnisse und Bedingungen einzuschätzen.³³

B. Die Problematik des nationalen Ermessensspielraums

Das Konzept eines nationalen *Margin of Appreciation* wurde ursprünglich im Zusammenhang mit Art. 15 EMRK entwickelt und später auf Art. 10 EMRK und andere Konventionsrechte ausgedehnt.³⁴ Damit soll dem Gesetzgeber wie auch den exekutiven und gerichtlichen Behörden auf nationaler Stufe ein gewisser Spielraum gewährt werden in Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Eingriffen in geschützte Rechte.³⁵ Dieser Spielraum geht aber – auch dies eine oft wiederholte Formel – mit der Überwachung auf europäischer Ebene durch den EGMR einher, die sicherstellen soll, dass die fraglichen Einschränkungen prinzipiell gerechtfertigt und verhältnismässig sind.³⁶

Der *Margin of Appreciation* variiert je nach betroffenem Recht. Besonders eng gezogen wird er etwa bei Verletzungen von Art. 10 EMRK, bei denen ein öffentliches Interesse an der verbotenen Meinungsäusserung bejaht wird.³⁷ Bei Fragen, welche die Manifestation einer Religion betreffen, hat der Gerichtshof den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten hingegen stets besonders weit ausgelegt;³⁸ im Zusammenhang mit dem Tragen religiöser Symbole an öffentlichen Schulen geniessen die Staaten sogar einen «sehr extensiven Ermessensspielraum».³⁹

Warum aber soll ausgerechnet bei religiösen Fragen den Mitgliedsstaaten ein besonders weites Ermessen eingeräumt werden? Gemäss EGMR-Rechtsprechung können gerade hier die Meinungen in einer demokratischen Gesellschaft stark divergieren – und deshalb sei der Rolle der nationalen Entscheidungsträger besondere Bedeutung zuzumessen.⁴⁰ Man könnte jedoch auch zum gegenteiligen Schluss kommen: Gerade weil religiöse Fragen besonders kontrovers diskutiert werden, müsste der Gerichtshof bei der Religionsfreiheit mehr noch als bei anderen Rechten sicherstellen, dass die Majorität nicht die Ansprüche von

²⁵ EGMR, *Eweida and Others v. United Kingdom*, Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15.1.2013, Para. 89, 97, 106, 108; *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 108.

²⁶ *Eweida and Others v. United Kingdom* (FN 25), Para. 82.

²⁷ JOCHEN A. FROWEIN, Artikel 9, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Frowein-Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., Kehl am Rhein 2009, N 25.

²⁸ *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 125; *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 83.

²⁹ EGMR, *Kokkinakis v. Greece*, Application no. 14307/88, 25.5.1993, Para. 33.

³⁰ Vgl. LORENZ LANGER, Religious Offence and Human Rights, Cambridge 2014, 15.

³¹ *Z.B. Leyla Şahin v. Turkey* (FN 22), Para. 99.

³² *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 121.

³³ *Z.B. S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 129.

³⁴ HOWARD CH. YUROW, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, Den Haag 1996, 15 ff.

³⁵ EGMR (Plenary), *Handyside v. the United Kingdom*, Application no. 5493/72, 7.12.1976, Para. 48 f.

³⁶ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 89 m.w.H.

³⁷ EGMR (Grosse Kammer), *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 15.10.2015, Para. 241.

³⁸ *Z.B. S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 129.

³⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide to Article 9, Strassburg 2015, Para. 78.

⁴⁰ *Leyla Şahin v. Turkey* (FN 22), Para. 109.

Minderheiten ignoriert. Historisch steht die Religionsfreiheit am Anfang der Individualrechte,⁴¹ und bei keinem anderen Freiheitsrecht ist die Gefahr grösser, dass Mehrheitsüberzeugungen als neutrale und objektiv richtige Werte missverstanden, die abweichenden Bräuche und Traditionen von Minoritäten aber als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung qualifiziert werden.⁴²

Es ist bemerkenswert, dass den Mitgliedsstaaten in zwischen ein nationaler Ermessensspielraum selbst im Zusammenhang mit dem grundlegendsten Konventionsrecht, dem Recht auf Leben, gewährt wird – auch hier mit der Begründung innerstaatlicher Debatten und einem fehlenden europäischen Konsens.⁴³ Gefährdet diese grosszügige Berücksichtigung nationaler Idiosynkrasien nicht das «gemeinsame Verständnis» und die «gemeinsame Beachtung»⁴⁴ von Menschenrechten? Wenn die EMRK das ambitionöse Projekt eines *ordre publique européen* fördern soll,⁴⁵ dann muss sie mehr sein als ein *acquis commun* unumstrittener Rechte.⁴⁶

Wenn der Gerichtshof dabei auf die Meinungsverschiedenheit in demokratischen Gesellschaften verweist, so nimmt er damit zumindest implizit auch auf das Mehrheitsprinzip Bezug: Denn in demokratischen Gesellschaften wird der Inhalt von Rechtsnormen direkt oder indirekt von der Bevölkerungsmehrheit bestimmt.⁴⁷ Die Schweiz berief sich *in casu* vor dem EGMR erfolgreich auf das zunehmende Gewicht, welches die «öffentliche Meinung» der Integration beimesse.⁴⁸ Tatsächlich ist die einschlägige Rechtsprechung des EGMR weder grundsätzlich religionsfreundlich noch -feindlich – sie richtet sich aber konsequent an der im jeweiligen Land vorherrschenden Mehrheitsmeinung aus.

Mit anderen Worten: Religiöse Anliegen werden dann geschützt, wenn sie sich mit den im jeweiligen Mitgliedsstaat herrschenden Mehrheitsvorstellungen decken;⁴⁹ ihre Einschränkung wird gutgeheissen, wenn die religiösen Gebote und Überzeugungen einer Minderheit betroffen sind.⁵⁰

Als Folge birgt der Fokus der *Margin-of-Appreciation*-Doktrin auf nationalstaatliche Präferenzen im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit mehr als anderswo das Risiko, verzerrte lokale Perspektiven – *the myopia of localism*⁵¹ – unbesehen zu übernehmen. Der Entscheid der Grossen Kammer in *Lautsi* illustriert besonders deutlich die Gefahr, dass dabei inhärent religiöse Problemstellungen zu Fragen der Kultur oder der Tradition umgedeutet werden: Italien argumentierte, das Kruzifix in der öffentlichen Schule sei das Resultat einer historischen Tradition; es habe identitätsstiftenden Charakter und symbolisiere zugleich die Werte und Prinzipien, auf denen die Demokratie (*sic*) und die westliche Zivilisation gründeten.⁵² Die Grosse Kammer übernahm diese Sichtweise und befand, es falle in den staatlichen Ermessensspielraum, ob eine solche *Tradition* fortgesetzt werde.⁵³

C. Ziele und Mittel der Integration

Im vorliegenden Urteil nimmt der EGMR ebenfalls auf Tradition Bezug und räumt den Mitgliedsstaaten das Recht ein, diese ebenso wie sonstige Bedürfnisse bei der Ausgestaltung des Schulunterrichts zu berücksichtigen.⁵⁴ Der gewährte Ermessensspielraum bezieht sich dabei primär auf die Art und Weise, wie die Schweiz die legitimen Interessen der öffentlichen Ordnung und die Rechte Dritter schützt. Diese Interessen werden konkretisiert als Integration und Sozialisation sowie als Chancengleichheit der Geschlechter.

Integration setzt ein grösseres Ganzes sowie ein *integrandum* voraus, etwas, das nicht Teil des Ganzen ist, es aber

⁴¹ CHRISTIAN WALTER, Religion or Belief, Freedom of, International Protection, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2008, Rz. 1, Internet: www.mpepil.com.

⁴² Vgl. dazu etwa die Kontroversen um die Feuerbestattung: BGE 45 I 119. S. zur Fragilität des Konsensus in Bezug auf das Gebot religiöser Toleranz auch OLIVER DIGGELMANN, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Bern 2005, 138.

⁴³ EGMR (Grosse Kammer), *Vo c. France*, Requête n° 53924/00, 8.7.2004, Para. 82.

⁴⁴ Vgl. Präambel AI. 4 EMRK.

⁴⁵ Vgl. DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, 179 ff., N 37.

⁴⁶ Als *regionales* Instrument müsste die EMRK eigentlich eine uniformere Auslegung ermöglichen als etwa der Uno-Pakt II als *universelle* Kodifikation; dennoch räumt der Uno-Menschenrechtsausschuss in seinen Kommunikationen praktisch nie einen nationalen Ermessensspielraum ein (LANGER [FN 30], 108 f.).

⁴⁷ Vgl. *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 154.

⁴⁸ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 69. Das Bundesgericht hatte in BGE 135 I 79 seine Praxisänderung ebenfalls mit der gesteigerten Aufmerksamkeit begründet, die Integrationsanliegen in der Öffentlichkeit erhielten (E. 7.2).

⁴⁹ *Z.B. Angelini v. Sweden (Decision)*; *Bernard c. Luxembourg (Décision)*; *Efstathiou v. Greece* (alle FN 21).

⁵⁰ *Z.B. EGMR (Grosse Kammer), Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*, Requête n° 27417/95, 27.6.2000 (Schächtverbot); *S.A.S. c. France* (FN 3). Vgl. auch *Eweida and Others v. United Kingdom* (FN 25) bzgl. der Beschwerdeführer Ladele und MacFarlane, deren Religionsauffassung nicht mehr dem gesellschaftlichen und politischen Konsens entsprach.

⁵¹ EGMR (Grosse Kammer), *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*, Application no. 16354/06, 13.7.2012, Joint Dissenting Opinion of Judges Sajó, Lazarova, Trajkovska and Vučinić, 43.

⁵² *Lautsi v. Italy* (FN 24), Para. 67.

⁵³ *Lautsi v. Italy* (FN 24), Para. 68. Bemerkenswerterweise hatte zuvor eine Kammer einstimmig eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 ZP I i.V.m. Art. 9 EMRK festgestellt: EGMR (Kammer), *Lautsi v. Italy*, Application no. 30814/06, 3.11.2009.

⁵⁴ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 95.

werden soll. Nach welchen Kriterien aber wird bestimmt, was bereits zum Ganzen gehört, und was noch getrennt davon ist? Die Abgrenzungsschwierigkeiten werden deutlich, wenn man die einschlägigen Urteile vergleicht. Bei seiner Praxisänderung 2008 beurteilte das Bundesgericht tunesische Staatsangehörige und befand, dass *Ausländer* bereit sein müssten zum Zusammenleben mit der «einheimischen» Bevölkerung.⁵⁵ 2012, als die Beschwerdeführer türkisch-schweizerische Doppelbürger waren, verwies das Bundesgericht dann allgemeiner auf das Interesse an der Integration aller Schüler, «unabhängig von ihrer Herkunft, Kultur und Religion».⁵⁶ Vor dem EGMR aber betonte die Schweiz wiederum die Integrationspflicht von «Personen ausländischer Nationalität», und der Gerichtshof nannte als schützenswertes öffentliches Interesse ebenfalls die Integration ausländischer Kinder (*l'intégration des enfants étrangers*).⁵⁷

Die Beschwerdeführer waren der Auffassung, sie lebten auf «perfekt integrierte Weise» in Basel und unterschieden sich nur in ihrer Religionszugehörigkeit von der Mehrheit der schweizerischen Wohnbevölkerung.⁵⁸ Ob dies zutrifft, darf bezweifelt werden.⁵⁹ Aber es wirft die Frage auf, welches genau die Kriterien einer gelungen Integration sind, und von wem sie festgelegt werden. Die Staatsbürgerschaft alleine reicht dazu offensichtlich nicht aus, sofern «Kinder und Jugendliche aus anderen Kulturen» in die «hier geltenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen» noch nicht angewöhnt und eingebunden sind. Vorgabe ist vielmehr ein «Mindestmass an innerem Zusammenhalt», das ein harmonisches Zusammenleben ermöglicht.⁶⁰ Der Gerichtshof äusserte sich ähnlich: Nicht nur würde ein auf einem «etablierten Konsensus gründender Raum der Sozialisierung» das Zusammenleben erleichtern – es bestehe sogar ein geschütztes Recht darauf.⁶¹

Es geht hier also nicht oder nicht nur um Religion, sondern umfassender um die Art und Weise, wie in einer bestimmten Gesellschaft zusammengelebt wird: um die

Kultur einer Gemeinschaft.⁶² Das Bundesgericht machte dies schon 2008 deutlich, als es den Widerstand gegen den gemeinsamen Schwimmunterricht als *kulturell*-religiös taxierte.⁶³ Vor dem EGMR bezog sich die Schweiz nun ebenfalls auf konfligierende Verhaltensnormen, die sich aus «kulturellen und/oder religiösen Vorstellungen» ergäben.⁶⁴ Der Gerichtshof übernimmt diese Diktion, wenn er die Integration «fremder Kinder unterschiedlicher Kulturen und Religionen» als legitimes Interesse anerkennt.⁶⁵

Diese Vermischung von Kultur und Religion birgt die Gefahr, dass man einen Mangel an kultureller Integration moniert, in Wahrheit aber auf religiöse Differenzen zielt. Kultur ist ein komplexes System aus historisch tradierten Bedeutungs- und Verhaltensmustern, die häufig mit symbolischer Bedeutung aufgeladen sind⁶⁶ – diese Symbolik wird etwa dann deutlich, wenn die Justizministerin betont, der Handschlag sei «Teil unserer Kultur».⁶⁷ Damit hat sie nicht unrecht, denn Kultur ermöglicht, um es etwas platter auszudrücken, zwischen uns und den anderen, zwischen jenen, mit denen wir zusammenleben, und Fremden zu unterscheiden. Dabei hat die Begrüssung zweifelsohne Signalcharakter: Ihre Erwiderung ist Grundvoraussetzung für jede weitere Annäherung, Interaktion oder Kooperation.⁶⁸

Nun sind Kultur und Religion zwar nicht kongruent, aber historisch sind gewisse Religionen mit gewissen Kulturen assoziiert; und wenn uns die Kultur vertraut ist, dann stossen wir uns weniger an den religiösen Differenzen. Dies macht das *Schwimmunterricht-Urteil des liechtensteinischen Staatsgerichtshofs von 2012* deutlich. Dort erhielten die Kinder von Angehörigen der Christlich Palmarianischen Kirche schliesslich den gewünschten Dispens, da es – anders als in BGE 135 I 79 – «nicht um die Integration von muslimischen Schülern und damit schwergewichtig nicht um das zentrale gesellschaftspolitische Anliegen der Integration von ausländischen Kindern» ginge, sondern «offensichtlich um eine Familie, die zur einheimischen Bevölkerung gehört»; folglich sei auch keine «ernsthafte

⁵⁵ BGE 135 I 79 E. 7.2.

⁵⁶ BGer, 2C_666/2011, 7.3.2012, E. 2.6.2.

⁵⁷ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 71, 64.

⁵⁸ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 60.

⁵⁹ In der öffentlichen Wahrnehmung änderte sich das Bild der Beschwerdeführer im Laufe der Jahre erheblich: 2009 wurde der Ehegatte in einem Beitrag noch als Integrationsbefürworter porträtiert (DANIEL GERNY, Multi-Kulti im Wachkoma, Neue Zürcher Zeitung vom 5.12.2009, 15); nach späteren, stossenden Aussagen wurde er als islamistischer Fundamentalist und Sektierer eingestuft (JOCHEN SCHMID, Erneut Freispruch für Muslim-Sekretär Osmanoglu, Basler Zeitung vom 10.5.2012, 27; DANIEL GERNY, Keine Sonderrechte für Sektierer, Neue Zürcher Zeitung vom 11.1.2017, 11).

⁶⁰ BGE 135 I 79 E. 5.2.

⁶¹ *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 122.

⁶² Vgl. etwa die Definition von Kultur als «that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society»: EDWARD B. TYLOR, *Primitive Culture: Researches Into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, London 1871, Bd. 1, S. 1.

⁶³ BGE 135 I 79 E. 5.2.

⁶⁴ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 71.

⁶⁵ *Osmanoğlu & Kocabaş c. Suisse* (FN 1), Para. 64.

⁶⁶ Vgl. CLIFFORD GEERTZ, Religion as a Cultural System, in: *Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York 1973, 87 ff., 89.

⁶⁷ SRF, 10 vor 10, 4.4.2016, Interview mit Simonetta Sommaruga.

⁶⁸ Gerade der Handschlag ist semiotisch besonders komplex: Seit der Antike dient er auch als Friedens- oder Freundschaftszeichen ebenso wie als Bestätigung von Rechtsgeschäften.

Beeinträchtigung des ordentlichen und effizienten Schulbetriebes» zu befürchten.⁶⁹

Der Schwimmunterricht als Mittel zum Zweck der Integration soll hier gar nicht mehr nötig sein. Aber wie ist es generell bestellt um die Eignung dieses Mittels? Hier fällt zuerst auf, dass deren Beurteilung sich in den letzten Jahren erheblich gewandelt hat. Im Jahr 1993 stand für das Bundesgericht noch im Vordergrund, ob ein ordentlicher Schulbetrieb durch die konkret gestellten Dispensgesuche gestört würde.⁷⁰ 2008 hingegen wird der sozialisierenden und integrativen Wirkung des Schwimmunterrichts absolute Bedeutung zugemessen – sie ist *unabhängig* von der konkreten Zahl der Dispensgesuche im Interesse des Kindeswohls zu schützen.⁷¹ Eine Befreiung vom Schwimmunterricht ist angesichts dieser Bedeutung – die etwa jener der Mathematik in nichts nachstehen soll⁷² – fast *per definitionem* ausgeschlossen.⁷³

Die Integrationsfunktion des Sport- und Schwimmunterrichts bleibt aber eine «Modellvorstellung»⁷⁴ ohne empirische Grundlage; auch ihre Verankerung im Gesetz kann nur deklaratorischer Natur sein⁷⁵ – zumal ein Obligatorium mit dem Besuch einer Privatschule umgangen werden kann.⁷⁶ Die *praktische* Bedeutung des Schwimmunterrichts

für die Sicherheit von Kindern und Jugendlichen sei damit keineswegs bestritten.⁷⁷ Aber liegt nicht der Verdacht nahe, dass diese neue ausserordentliche Bedeutung des Schwimmunterrichts zumindest teilweise durch kulturelle Dissonanzen bedingt ist, dass der Schwimmunterricht mit einem symbolischen Gehalt aufgeladen wird, der ihm ausserhalb der kulturellen Konfliktzone gar nie zukam?⁷⁸

Gemäss EGMR hat das Interesse der Eltern an einem Schwimmdispens dem Interesse ihrer Kinder an einer «*scolarisation complète*» zu weichen – denn nur dadurch könne das Ziel einer sozialen Integration «*réussie selon les mœurs et coutumes locales*» verwirklicht werden.⁷⁹ Diese Formulierung geht deutlich über die blosser Respektierung von Gesetzesvorschriften hinaus und verweist auf den kulturellen Bereich, ja verweist vielleicht sogar auf ein System von akzeptierten Verhaltensregeln, das teilweise mit dem umstrittenen Begriff «Leitkultur» umschrieben wird.⁸⁰ Das überrascht insofern nicht, als gerade im Rahmen des Schwimmunterrichts grundlegende kulturelle Praktiken eingeübt werden: Worauf darf mein Blick sich richten, welche Blicke muss ich ertragen, in welchen Situationen und Formen ist absichtlicher oder versehentlicher physischer Kontakt gestattet?⁸¹ Unsere Antworten auf diese Fragen sind ebenfalls kulturell geprägt und durchaus nicht immer konsistent oder kohärent. Während früher gebüsst wurde, wer sich entblösste, rufen heute jene Empörung hervor, die sich verhüllen.⁸² Aber auch im schulischen Bereich bleibt eine Reihe integrationsrelevanter Fragen unbeantwortet: Warum beispielsweise versuchen Schulen nach Möglichkeit sicherzustellen, dass der Turn- und Schwimmunterricht

⁶⁹ Staatsgerichtshof des Fürstentum Liechtenstein, StGH 2012/130, 29.10.2012, Begründung 3.2.4. Ebenfalls kritisch dazu die Bemerkungen von ANDREAS KLEY, ZBl 2013, 448.

⁷⁰ BGE 119 Ia 178 E. 7e.

⁷¹ BGE 135 I 79 E. 7.1. Das Bundesgericht beruft sich auf Art. 1 KRK, doch fällt beim Verweis auf das Kindeswohl auf, dass dessen Beeinträchtigung durch etwaige Loyalitätskonflikte (im Gegensatz zu BGE 119 Ia 178, E. 8a) nicht thematisiert wird (auch der EGMR äussert sich dazu nicht). In StGH 2012/130 (FN 69) wird für das Kindeswohl ebenfalls auf die KRK verwiesen, doch werden hier auch die ungestörten Familienbeziehungen darunter subsumiert (Begründung 3.2.4).

⁷² So etwa der liechtensteinische Verwaltungsgerichtshof, s. StGH 2012/130 (FN 69), Begründung 7.3.

⁷³ Vgl. auch BGer, 2C_1079/2012, 11.4.2013, E. 3.5.3. – Dieser Wandel ist nicht auf die Schweiz beschränkt, vgl. *Sportunterricht* (Bundesverwaltungsgericht), BVerwG, 6 C 8/91, 25.8.1993 (ab der Pubertät muss eine Alternative zum (pädagogisch vielleicht gar nicht sinnvollen) koedukativen Sportunterricht angeboten werden), und *Schwimmunterricht* (Bundesverwaltungsgericht), BVerwG, 6 C 25.12, 23.9.2013 (die Möglichkeit, einen Burkini zu tragen, rechtfertigt die obligatorische Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht auch nach Beginn der Pubertät).

⁷⁴ Vgl. *Schwimmunterricht* (FN 73), N 20: Die Integrationsfunktion der Schule folge einer «starren, gleichwohl aber verfassungsrechtlich tragbaren Modellvorstellung».

⁷⁵ Vgl. Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über die Förderung von Sport und Bewegung, SR 415.0, Art. 1. Die dort genannten Interesse der «ganzheitlichen Bildung und des gesellschaftlichen Zusammenhalts» hatten im Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport von 1972 noch gefehlt.

⁷⁶ Gem. § 59 SchulG/BS werden Kinder vom Besuch der öffentlichen Schule dispensiert, wenn sie in einer staatlich bewilligten Privat-

schule unterrichtet werden; das Gleiche gilt bei kantonal bewilligtem *Homeschooling*. Der EGMR-Entscheid könnte entsprechenden Plänen Auftrieb geben: NINA JECKER, Muslime wollen Privatschulen: Urteil belebt alte Forderungen, Basler Zeitung vom 16.1.2017, 15.

⁷⁷ Auch wenn der vom Bundesgericht beschriebene «Boom» der Wassersportarten ebenfalls nicht empirisch belegt wird, vgl. BGE 135 I 79 E. 7.1.

⁷⁸ So wird der Schwimmunterricht, trotz der geltend gemachten Bedeutung, offenbar weiterhin nicht an allen Schulen angeboten (vgl. BGer, 2C_666/2011, 7.3.2012, E. 5.2.3).

⁷⁹ *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* (FN 1), Para. 97.

⁸⁰ Erstmals BASSAM TIBI, Multikultureller Werte-Relativismus und Werte-Verlust, Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53, 1996, 27-36. Kritisch dazu beispielsweise JÜRGEN HABERMAS, Die Zukunft der menschlichen Natur: Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Frankfurt a.M. 2002, 13.

⁸¹ Vgl. zu solchen sozio-legalen «Mikronormen» W. MICHAEL REISMAN, Law in Brief Encounters, New Haven 1999, 21 ff..

⁸² Besonders deutlich traten diese Widersprüche im Sommer in Frankreich im Rahmen der lokalen Verbote von Burkinis zutage, vgl. dazu N°s 1603508 & 1603523: *Ligue des droits de l'homme et autres; Association de défense des droits de l'homme; Collectif contre l'Islamophobie en France*, Tribune Administratif de Nice, 54-035-03, 22.8.2016, und Décision N° 402742, Conseil d'Etat, 26.8.2016.

von einer gleichgeschlechtlichen Lehrperson erteilt wird?⁸³ Wäre es nicht wichtig, dass etwa männliche Jugendliche auch mit weiblichen Autoritätspersonen konfrontiert werden?⁸⁴ Und warum soll gemischtgeschlechtlicher Sportunterricht bis zur Pubertät unbedingt erforderlich, nachher aber nicht mehr statthaft sein? Könnte nicht genauso gut argumentiert werden, dass der Umgang mit dem anderen Geschlecht erst für Adoleszenten wirklich zur Herausforderung wird, und sie in der Schule lernen müssten, wie diese Herausforderung im Einklang mit den hier geltenden Regeln zu meistern ist?⁸⁵ Wenn in unserer Gesellschaft das «natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht» üblich ist und der Besuch von Strandbädern und öffentlichen Badeanstalten von so zentraler Bedeutung,⁸⁶ warum sollen Mädchen und Jungen dann in der Schule getrennt schwimmen?⁸⁷

Eine «Leitkultur» weist sowohl einen normativen wie auch einen numerischen Aspekt auf. Sie soll einen «Konsens über Werte und Normen als eine Art innere Hausordnung» vorgeben, der eine «unerlässliche Klammer zwischen den in diesem Gemeinwesen lebenden Menschen, unabhängig von ihrer Religion, Ethnie oder Ursprungskultur» bilden soll.⁸⁸ Dazu gehört hiezulande auch der unterschiedslose Besuch der obligatorischen Schulfächer – mit den Worten des damaligen Basler Erziehungsdirektors hat denn auch der EGMR mit seinem Urteilsspruch bekräftigt, «dass die Volksschule eine Klammer um die gesamte Bevölkerung» sei.⁸⁹

Eine solche Leitkultur setzt aber auch voraus, dass sie von einer Mehrheit gelebt und gestützt wird. Dieses numerische Element wird indirekt von der bundesgerichtlichen Praxisänderung bestätigt, die explizit mit dem demographischen Erstarken der muslimischen Bevölkerung begründet wurde.⁹⁰ 1993 war dieses Bevölkerungssegment noch zu klein, als dass seine abweichenden Wertvorstellungen den akzeptierten Kanon gefährdet hätten; 2008 hingegen schien es bereits so gross zu sein, dass etwaige muslimische Son-

derwünsche *präventiv* abgelehnt werden mussten.⁹¹ Aus menschenrechtlicher Perspektive ist dieses Argument eher ungewohnt: In der Regel sollte der Umfang eines Freiheitsrechts nicht von der Zahl der Individuen abhängig sein, die sich möglicherweise darauf berufen.

D. Fazit

Der vom Gerichtshof gewährte weite Ermessensspielraum wirft also einige Fragen auf, ebenso wie die den Urteilen des EGMR und des Bundesgerichts zugrundeliegende Vorstellung von Integration und die dem Sport- und Schwimmunterricht dabei zugeschriebene Rolle. Problematisch scheint auch, dass hier der Schutzbereich eines Menschenrechts durch Änderungen der öffentlichen Meinung, durch politische Entwicklungen beeinflusst wird.

Das sollte aber nicht überraschen. Die Internationale hatte es noch einfach: Sie erkämpfte «das Menschenrecht»: im Singular, absolut und ohne Ambiguitäten. Die Menschenrechte (im Plural) bilden aber ein komplexes Normgefüge, das auch mit praktischer Konkordanz nicht immer konfliktfrei austariert werden kann. Trotz Betonung von Universalität und Unteilbarkeit müssen Menschenrechte in einem konkreten geographischen und zeitlichen Kontext realisiert werden. Sie sind zwar Individualrechte, aber sie werden von Individuen in einem bestimmten gesellschaftlichen Rahmen geltendgemacht. Damit soll nicht einem Menschenrechts-Relativismus das Wort geredet werden, aber Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens sind stets auch *politische* Fragen;⁹² die Antwort auf sie kann sich über die Zeit hin ändern und mit ihr möglicherweise auch der Schutzbereich bestimmter Rechte. Bereits die Praxisänderung des Bundesgerichts von 2008 wurde als «Paradebeispiel» für die Wandelbarkeit der Rechtsauffassung in einem bestimmten Gebiet bezeichnet.⁹³

Mit dem gewährten Ermessensspielraum anerkennt der Gerichtshof diese politische Komponente auf pragmatische Weise. Er betont – wie schon zuvor – die subsidiäre Rolle des Gerichtshofs.⁹⁴ Paradoxerweise legen gerade seine im

⁸³ Vgl. oben Text bei FN 9.

⁸⁴ Zur Handschlagdebatte s.o. bei FN 67.

⁸⁵ Argumente für eine konsequente Ko-Edukation finden sich schon früh in der abendländischen Geistesgeschichte, s. etwa Platon, *Politeia* 452 a. Auch heute besteht diesbezüglich kein Konsens, vgl. *Schwimmunterricht* (FN 73)

⁸⁶ BGE 135 I 79 E. 7.2.

⁸⁷ Vgl. oben FN 73.

⁸⁸ Dabei muss nicht nur der Buchstabe, sondern auch der «kulturelle Geist der Gesetze» befolgt werden: BASSAM TIBI, *Leitkultur als Wertekonsens*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 1-2, 2001, 24 ff., 25.

⁸⁹ SRF, *Echo der Zeit* vom 10. Januar 2017, Interview mit Christoph Eymann.

⁹⁰ BGE 135 I 79 E. 7.2.

⁹¹ Vgl. auch BGER, 2C_666/2011, 7.3.2012, E. 2.6.4: Die tatsächliche Häufigkeit von Dispensgesuchen sei «nicht ausschlaggebend».

⁹² Vgl. HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, *Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität*: BGE 134 I 114 ff. und BGE 135 I 79 ff., recht 2009, 100 ff., 107: «Der Vorrang des Schulobligatoriums durch die hohe Gewichtung der Integration vermag politisch durchaus zu überzeugen, [...]». Dass dabei eine differenzierte Betrachtungsweise möglich bleibt, zeigt etwa der Kopfthuch-Entscheid des BGER (BGE 142 I 49).

⁹³ KELLER/BÜRLI (FN 92), 100.

⁹⁴ *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* (FN 1), Para. 100; in *S.A.S. c. France* (FN 3), Para. 129 bezeichnete der EGMR seine Rolle sogar als «*fondamentalement subsidiaire*».

Vergleich zu anderen Menschenrechtsüberwachungsmechanismen erheblichen Kompetenzen solche Zurückhaltung nahe:⁹⁵ Da die Urteile des Gerichtshofs in der Regel Konsequenzen haben, birgt eine zu aktivistische Rechtsprechung stets das Risiko einer heftigen Gegenreaktion – gerade im sensiblen Bereich der Religionspolitik. Dieses Risiko allein kann natürlich nicht Grund sein, sich jeglicher kontroversen Einmischung in den innerstaatlichen Diskurs zu enthalten. Aber in Zeiten, in denen als Reaktion auf unliebsame Urteile selbst die Kündigung der Konvention nicht mehr tabu ist, wird mit einer puristischen Rechtsprechung die Sache des Menschenrechtsschutzes auf längere Sicht vielleicht nicht gefördert.

Dies gilt gerade dann, wenn wie hier mit der Gleichberechtigung der Geschlechter, der Chancengleichheit und der Sozialisation im Rahmen der öffentlichen Schule wichtige kulturelle *und* rechtliche Aspekte zur Disposition stehen. Dabei handelt es sich um komplexe Vorgaben. Es ist vielleicht unvermeidlich, dass sie auf simplifizierende Weise an gewisse, symbolisch stark aufgeladene Verhaltensweisen geknüpft werden – wie etwa an den Besuch des Sport- und Schwimmunterrichts, oder auch an den Handschlag. Solchen Akten wird wohl zu viel normative Kraft zugeschrieben: Wer gezwungenermassen schwimmt oder die Hand reicht, akzeptiert allein deshalb nicht die Gleichheit der Geschlechter. So können bestenfalls äusserlich wahrnehmbare Aspekte beeinflusst werden – die aber immerhin das menschliche Zusammenleben im Alltag weitgehend bestimmen. Mehr als Konformität mit solchen Äusserlichkeiten kann wohl nicht verlangt werden; aber so viel *darf* verlangt werden, das zeigt das EGMR-Urteil. Es schafft damit Rechtsklarheit, die gerade für betroffene Schulbehörden wichtig sein dürfte: Die Verweigerung eines Dispens für den gemischten Schwimmunterricht im Primarschulalter wird einer gerichtlichen Überprüfung in aller Regel standhalten.⁹⁶ Der Entscheid des EGMR in dieser Sache ebenso wie seine grosszügige Praxis in anderen Fällen legt darüber hinaus nahe, dass weitergehende Vorschriften – etwa die Pflicht zum Handschlag, oder der gemischte Schwimmunterricht auch nach der Pubertät⁹⁷ – ebenfalls geschützt würden, wenn sie gesetzlich genügend abgestützt sind.

⁹⁵ Das dürfte auch den unterschiedlichen Zugang des UNO-Menschenrechtsausschusses erklären, oben FN 46.

⁹⁶ Vgl. die Aussagen von Bernard Gertsch, Präsident des Schulleiterverbands, SRF, Echo der Zeit vom 10. Januar 2017: «Wir können jetzt klar sagen, dass Schwimmen dazugehört.»

⁹⁷ Vgl. oben FN 73.